



HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	消費者法の実効的な実現：ドイツにおける私法、公法、刑事法の相互作用
Author(s)	ロット, ペーター; 木戸, 茜//訳
Citation	新世代法政策学研究, 16, 81-107
Issue Date	2012-06
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/49584
Type	departmental bulletin paper
File Information	HJNGLP016_005.pdf



消費者法の実効的な実現： ドイツにおける私法、公法、刑事法の相互作用

ペーター・ロット (Peter ROTT)
木戸 茜 (訳)

I. はじめに

EUの活動を通じて消費者実体法は徹底的にヨーロッパ化され、さらにEUの影響力はこれまでになく高まっている。一方で、権利の実現の問題に関しては、その大部分が加盟国の権能に依然ゆだねられている。個別的な民事訴訟、集団訴訟、公法の実現、刑事法上の制裁、そしてADRを含む様々な手段によって、消費者法は実現されうる。EU加盟国はかつて、それぞれ異なった観点から異なった手段を組み合わせ用いていた。ドイツは伝統的に、個人による個人の権利の実現を重視しており、これは主に消費者団体の集団差止訴訟によって補完されてきた。フランスやベルギーでは刑事法によって私法の実現が補完されており、イギリスやスカンディナヴィア諸国では、公正取引庁や消費者オンブズマンといった公的な機関が重要な役割を担い、さらに刑事法上の制裁も用いられている¹。しかしこれらの国々とは違って、ドイツではこれまでのところ、消費者保護の目的で刑事法や公法が使われることはほとんどなかった。実のところ、新しい私法のメカニズムによる解決に委ねるかたちで、それまで機能してきた保護のメカニズムのうちいくつかは、1990年代に廃止された。例えば、訪問販売におけるクレジット契約の締結がかつて禁止されていたのがそれで

¹ イギリスについて、参照、P. Cartwright, *Consumer Protection and the Criminal Law* (Cambridge University Press 2001).

ある（営業法 [*Gewerbeordnung*] 56条1項6号は、軽率なクレジット負債から弱者を守ることを特に目的としていたが、1991年1月1日付で廃止された²⁾。この廃止は、悪名高いジャンク・プロパティの事案を生じせしめることとなり、*Heininger* 事件や *Schulte* 事件、*Crailsheimer Volksbank* 事件といった欧州司法裁判所 (ECJ) の判決³⁾をもたらしした。もう一つの場面は、公的当局によるガスの価格のコントロールであり、これはガス市場の創設を目的として1988年に廃止された。ドイツは昨今、ガスの価格の高騰に関する大量の民事訴訟に直面しており、裁判所は、ガスの供給者と消費者との間の仲裁人のような、新たな役割を果たさなくてはならなかった⁴⁾。

実体法における消費者の地位が向上して数十年が経った今もなお、実生活における消費者保護が常に十分であるとは言い難く、焦点は法実現へと移ってきている。実効的な法実現に関する議論の焦点が、現在、集団訴訟や団体訴訟のような集団損害賠償のメカニズムの可能性にあることは明

らかである。これには二重の動機がある。一つには、集団による法実現が個別的な請求の実効性を高めるものだという、そして他方では、私人の集団による法実現が、いまだに存在する公法上の法実現を補完するものだというのである。後者は例えば、資本市場法の領域における請求の手續に関するドイツの立法の、明白な動機となってきた⁵⁾。EU はここでも、EU 法で認められている消費者の権利の実効的な実現を、加盟国に一般に求めることによって、その役割を果たしている。

本稿は実効的な法実現に対する EU 法の要請の背景を概観したうえで、消費者保護の領域における私法、公法、そして刑事法の相互作用に注目する。ドイツにおける消費者法の実現の展開を分析することで、個別的あるいは集団的私法メカニズムの限界を探るとともに、最近、非常に慎重にではあるが、公法のメカニズムがギャップを埋めるべく消費者法に導入されてきたあり方を検討する。

II. EU 消費者法の実効性

1. 加盟国の手續上の自由裁量

一般に、加盟国は手續上の自由裁量を有する。特定の EU の立法がない場合には、加盟国は各国の内情にあわせて、自由に行政手續や裁判所のシステムを組織することができる。つまり原則として、EU 消費者法の実現方法の決定も、加盟国の裁量に委ねられている。しかしながらこの原則には、明示または黙示の留保が存在する。

第一に、ECJ は人権の原則の下、EU 法が消費者に個々の権利を与えている場面では消費者に裁判所での救済を与えるよう、加盟国に要請する。第二に、EU は消費者法に集団的な救済を導入してきた。これには、消費者契約での不当条項の場面や隔地者間の契約の場面、そして不公正な経済活動の場面における差止請求、及び、消費者法のほぼ全ての領域における、国境をまたがる差止請求が含まれる。さらに、損害賠償を目的とした集団的な救済のメカニズムは、いまだ立法の計画には至っていないものの、EU のレベルでしばらくの間議論されてきた。

⁵⁾ ドイツ政府の説明として、参照、*Bundestagsdrucksache* 15/5091, at 16.

²⁾ 例として、参照、OLG Hamburg, 28/2/1962, *Neue Juristische Wochenschrift* (NJW) 1962, 1123. それにもかかわらず訪問販売において締結された契約は、当初、違法であるために無効であると判示された。参照、BGH, 22/5/1978, NJW 1978, 1970, at 1971. 訪問販売法の採択の後、BGH はこの意見を再考し、消費者は、訪問販売法によって撤回権を与えられ、十分に保護されていると判断した。参照、BGH, 16/1/1996, NJW 1996, 926, at 928.

³⁾ 参照、ECJ, Case C-481/99 *Georg Heininger and Helga Heininger v. Bayerische Hypo- und Vereinsbank AG*, [2001] ECR I-9945; ECJ, Case C-350/03 *Elisabeth Schulte, Wolfgang Schulte v. Deutsche Bausparkasse Badenia AG*, [2005] ECR I-9215; ECJ, Case C-229/04 *Crailsheimer Volksbank eG v. Klaus Conrads, Frank Schulzke und Petra Schulzke-Lösche, Joachim Nitschke*, [2005] ECR I-9273. これについて、参照、P. Rott, 'Linked contracts and doorstep selling: Case note on ECJ, judgments of 25 October 2005, cases C-350/03 - Schulte and C-229/04 - Crailsheimer Volksbank', *Yearbook of Consumer Law* 2006, 403 ff. 営業法56条1項6号の廃止に対する批判として、参照、K.-J. Schmelz 'Verbesserung des Verbraucherschutzes im Konsumentenkreditrecht?', NJW 1991, 1219 ff.

⁴⁾ 例として、参照、P. Derleder and P. Rott, 'Die rechtlichen Grenzen von Gaspreiserhöhungen - Von der Monopolkontrolle zur Äquivalenzkontrolle bei den Leistungen der Daseinsvorsorge', *Wohnungswirtschaft und Mietrecht* (WuM) 2005, 423 ff.; K. Markert, 'Zur Kontrolle von Strom- und Gaspreiserhöhungen nach § 307 und § 315 BGB', *Zeitschrift für Neues Energierecht* (ZNER) 2008, 44 ff.

2. 実効性の原則

さらに、EU加盟国に手続上の自由裁量があるにも関わらず、消費者あるいは市民一般が、EU法によって与えられた自らの権利を実現することが可能となる方法を決定するにあたって、加盟国は完全に自由ではないと、ECJは長年にわたり強調してきた。法実現に関する国内法は、実体法であろうと手続法であろうと、その実効性の原則について詳細に吟味されてきた。この原則は、1976年の *Rewe* 事件および *Comet* 事件⁶において初めて、ECJによって作り出された。その消極的な形態においては、実効性の原則は、加盟国が、賠償を受けるのが事実上不可能、あるいは非常に困難になってしまう態様で、個人の権利を実現するための条件を設定することを禁止する⁷。今日においてはより重要だと思われる、積極的な形態においては、EU消費者法を含む第二次法において実効性の原則は成文化されてきた。例えば消費者契約における不公正条項に関する指令93/13/EECの7条1項によれば、加盟国は、消費者と競争相手の利益のために、消費者が契約を締結した場面での、売主や供給者による不公正な条項の継続的な利用を防ぐ、「適切で実効的な手段」が存在することを確実にしなければならない。より最近の指令は「制裁」や「処罰」に言及している。金融サービスについての隔地的な市場活動に関する指令2002/65/ECの11条1項によれば、この指令に基づいて設けられた国家の規則に事業者が従わなかった場合に、加盟国は「適切な制裁」を与えなくてはならない。11条3項によれば、これらの制裁は「実効的」で「目的と制裁とが比例原則に合致」し「抑止的」でなくてはならない。

こうした条項の一般的な文言によって柔軟性が容認されているにも関わらず、ECJは、それらの実施にあたってコントロールを及ぼそうという意向を明らかにしてきた。

⁶ 参照、ECJ, Case 33/76 *Rewe-Zentralfinanz eG and Rewe-Zentral AG v. Landwirtschaftskammer für das Saarland* [1976] ECR 1989, at para. 5, and Case 45/76 *Comet BV v. Produktschap voor Siergewassen* [1976] ECR 2043, at paras 11–18.

⁷ さらに言及について、参照、ECJ, Case C-261/95 *Rosalba Palmisani v. Istituto nazionale della previdenza sociale (INPS)* [1997] ECR I-4025, at para. 27.

Ⅲ. 私法、公法及び刑事法の実現の関係

EU法、特に実効性の原則は、EU法由来の消費者法の違反に対する制裁の、適切な組み合わせを発展させることを、一般に加盟国に委ねている。ECJが *Berlusconi and others* 判決において判示したように、加盟国は、例えば刑事法、公法、そして私法に定められた制裁を組み合わせることができる⁸。ただしその特定の制裁、あるいは特定の制裁の組み合わせが、実効的で抑止的で、目的との均衡のとれたものである限り、との留保はある⁹。裁判所は、加盟国に刑事罰を適用するよう、決して義務付けてはこなかった。実際、船舶による汚染に対する刑事罰に関する *Commission v. Council* 事件において、Mazár 法務官は、刑事法上の制裁の実効性に対する懐疑を示した。

「法実現に対する、刑事法上の罰の寄与とは何か。どのような方法で、そしてどのような事柄について、刑事法上の罰が、法実現を確実にするための最上の手段となるか、犯罪学的な議論が続いている。刑事法が常に法実現の欠如に対する適切な改善法であると想定するのは、単純にすぎるかもしれない¹⁰。」

従って、特定の種類の制裁を利用しえないことは、国の制裁の制度が実効的でないことを意味しない。実効性の欠如は、制度の実効性を争う側の当事者、通常は欧州委員会によって証明されねばならない¹¹。

しかしながらEUはまた、一定の事案においては、EU法の目的を実現す

⁸ 参照、ECJ, joined Cases C-387/02, C-391/02 and C-403/02 *Silvio Berlusconi, Sergio Adelchi, Marcello Dell'Utri and others* [2005] ECR I-3565, at para. 65, with further references.

⁹ 参照、A.G. Kokott, *ibid.*, at para. 121.

¹⁰ 参照、A.G. Mazár, Case C-440/05 *Commission v. Council* [2007] ECR I-9097, at para. 117.

¹¹ 参照、ECJ, Case C-478/99 *Commission v. Sweden* [2002] ECR I-4147, at paras 22 ff., and A.G. Sharpston, Case C-32/05 *Commission v. Luxembourg* [2006] ECR I-11323, at para. 60.

るために、公法あるいは刑事法の適用が必要になるであろうことを明確にしてきた。関連する判決は、特定の法領域に刑事法上の制裁を導入することを加盟国に要求する、EUの権能に関心を向けている。EU環境法の違反に対する刑事法上の制裁の導入が争われた *Commission v. Council* 事件において、Ruiz-Jarabo Colomer 法務官は以下のように述べた。

「いくつかの場合においては、違反の前の状態を回復することで十分である。しかしながらそれは、厳密な意味では制裁ではなく通常『民事的な制裁』とされるものであるが、これは抑止の目的を達するために、しばしば言葉通りの制裁を追加することを要求する。その制裁は、脅かされている法益の重要性及び侵害行為に対する社会の批判の程度によって、多かれ少なかれ厳しいものにならざるを得ない¹²。」

このことは、上述した、船舶による汚染について刑事法上の制裁が争われた *Commission v. Council* 事件において、ECJによって確認された¹³。ただし、ECJはこの判決において、適用されるべき刑事法上の制裁の種類と程度についての決定が、委員会の権能の範囲内にないことを明らかにしている¹⁴。

環境法においては、私人による法実現では不十分なことは当然明らかであり、いくつかの加盟国では、公法的な課徴金の範囲もまた制限されている。民事的な法実現では不十分であるという問題は、しかしながら、消費者法など以下で扱うその他の法領域でも存在している。

¹² 参照、A.G. Ruiz-Jarabo Colomer, Case C-176/03 *Commission v. Council* [2005] ECR I-7879, at para. 46.

¹³ ECJ, Case C-440/05 *Commission v. Council* [2007] ECR I-9097, at paras 66 ff.

¹⁴ Ibid., at para. 70. 後者の問題についてのさらなる議論として、参照、A.G. Mazár, ibid., at paras 103 ff.

IV. 私法のメカニズムを通じた法実現の限界

1. 個人の訴訟の限界

消費者が（消費者法の規定に違反した）商人に対して個人で訴訟を起こすことが不可能、もしくはありそうもないような数々の状況があることは、長らく認識されてきた。

個々の賠償が追求されることがありうるかどうか、EU加盟国それぞれの多数の要素によって異なることは明らかである。その要素には、法的枠組み、ビジネス慣行、そして訴訟に関連する人々の文化的な態度までもが含まれる。またここでは、訴訟外の実効的な和解の利用可能性が、大きな役割を担う。一般に、以下の状況を区別できるだろう。

a) 個人の訴訟が不可能な状況

はじめに、個人が侵害を受けているのに、個々の請求が全く存在しない場面がある。不正競争法の場合にこれに該当するであろう。ここでは、不公正な取引方法に関する指令2005/29/ECは、消費者個人に対する賠償を予定していない。ドイツはこれに明確に従っている¹⁵。例えば誤解を招く広告などの不公正な経済活動は、物またはサービスの契約適合性のルール、契約準備段階における責任のルール (*culpa in contrahendo*)、あるいは錯誤や詐欺のルールに基づいて、契約法上、訴訟提起が可能かもしれないが、常にそうとは限らない¹⁶。

b) 時間の経過と証拠の欠落

法の違反と、それに関連する消費者の損害が、年月を経てから明るみに出る場面がある。これは競争法の事案に典型的である。一つの例として、2000年から行われていた、コーヒー製造者である Tchibo, Melitta, Dallmayr

¹⁵ 参照、F. Weiler, 'Ein lauterkeitsrechtliches Vertragslösungsrecht des Verbrauchers?', *Wettbewerb in Recht und Praxis* (WRP) 2003, 423 ff.

¹⁶ 参照、H. Apostolopoulos, 'Neuere Entwicklungen im europäischen Lauterkeitsrecht: Problematische Aspekte und Vorschläge', WRP 2004, 841, at 846.

によるカルテルが挙げられるだろう¹⁷。ドイツ連邦通常最高裁判所は近年、消費者はカルテルの参加者に対して損害賠償を請求することができるという革新的な判決を下したと思われる¹⁸。しかし年月を経た後、自分がこれらの企業のうち一つからどれだけのコーヒーを購入し、それゆえに生じた個々の損害はどれほどであったかについて、証拠を提出できる消費者はいないだろう。同じことはガソリンにもあてはまる。ガソリン会社が常に反競争的な行いを疑われているとしても、消費者は通常、ガソリンの請求書を保存しようとしたりはしないからである¹⁹。

c) 少額の請求

上述した二つの場面は不可能、あるいはほぼ不可能な請求に関連するものであるが、少額の請求を伴う状況はこれらとは違う場面である。ここでは合理的な消費者は、潜在的な利得と、労力、費用、潜在的なリスクとを比較検討したうえで、訴訟を提起する価値があるかどうか判断する²⁰。これらの変数は国によって、また請求によって異なり、訴訟提起を正当化するような請求の価値の評価は困難である²¹。勝訴の可能性は明らかに要素の一つであるが、訴訟の手数料や、弁護士強制の有無、弁護士費用、（法律上、そして実務上の）成功報酬の利用可能性、（訴訟費用）敗訴者負担

¹⁷ http://www.bundeskartellamt.de/wDeutsch/download/pdf/Presse/091221_PM_Kaffeeeroester.pdf.

¹⁸ 参照、BGH, 28/6/2011, NJW 2012, 928.

¹⁹ 連邦カルテル庁 (*the Bundeskartellamt*) の報告を参照、http://www.bundeskartellamt.de/wDeutsch/download/pdf/Stellungnahmen/2011-05-26_Abschlussbericht_final2.pdf.

²⁰ 例えば、参照、R. van den Bergh and S. Keske, *Rechtsökonomische Aspekte der Sammelklage*, in: M. Casper, A. Janssen, P. Pohlmann and R. Schulze (eds), *Auf dem Weg zu einer europäischen Sammelklage?* (Sellier European Publishers 2009), 17, at 20 f., G. Wagner, *Kollektiver Rechtsschutz – Regelungsbedarf bei Massen- und Streuschäden*, *ibid.*, 41, at 51 ff.

²¹ 欧州委員会は、すべての消費者のうち20%が1,000ユーロ以下の事案については裁判所に提起しない一方で、50%は200ユーロ以下の事案で法的な手段をとらないというデータに言及した。参照、the Commission's Green Paper on collective redress mechanisms, COM(2008) 794 final, at 4.

原則の有無、訴訟保険の利用可能性などの訴訟制度の性質もまた要素の一つである。少額裁判所は確かに、少額の請求の事案における訴訟制度の利用を促進する。そこでは通常、裁判手数料は著しく低く、弁護士も必要とされないからである。しかしそれでもなお、消費者が通常は裁判所に訴えないだろう敷居が（減じられているとはいえ）残っている。

ドイツでは訴訟の手数料や弁護士費用は穏当なものである。欧州人権裁判所での非難さえ受けたほど非常に長い訴訟手続もあるが²²、民事訴訟手続は実効的であるとみなされている。よって、多かれ少なかれ明白な事案に対する敷居は、ドイツでは比較的低い。実際2005年には、第一審で判決が下された264,000件の請求額が、300ユーロ以下であった。これは、ドイツにおいて判決が下されたすべての民事の事件のうち、だいたい2.7%の事案にあたる²³。多くの消費者が、こういった訴訟をカバーする訴訟保険に加入している。それでももちろん、ドイツの消費者がなお訴訟をしない敷居はある。欧州委員会のためになされた専門家の研究では、調査を受けた人々の見積もりは50から250ユーロであった。

d) 高額で高リスクな請求

高額請求についても、同様の評価があてはまりうる。ここでは、消費者が負担しなければならない労力や時間よりは訴訟のリスクが、訴訟を提起するかどうかの消費者の決定に影響する。高い訴訟リスクを伴う請求の類型としては、資本市場法における訴訟や、製造物責任法における訴訟がある。これらの事案では、加盟国によって大きな違いがあるとはいえ、訴訟の費用は通常高い。これらの事案はしばしば、第一審から第三審までの全ての審級で争われ、このことが大幅に訴訟費用を上昇させる。よって、訴訟手数料や弁護士費用に上限を設けることによって訴訟費用を制限できるか、あるいは成功報酬を制限できるかどうかは、訴訟を提起するかどうかの消費者の決定において重要な役割を担う。

前述の通り、ドイツの裁判所の手数料は、他の国々と比べて穏当である。

²² 例として、ECHR, 2/9/2010, *Rumpf v. Germany*, No.. 46344/06.

²³ Statistisches Bundesamt, series 10, 2.1., *Rechtspflege – Zivilgerichte 2005*, published in 2007.

弁護士費用は自由に交渉することが可能であるが、ドイツの市場での競争は厳しく、訴訟の額に応じて料金表から予測可能な費用で働く弁護士を、依頼人は常に見つけることができる。成功報酬は、2008年7月以降についてのみ認められてきたが²⁴、これはドイツ憲法裁判所において、従前の全面的な禁止が違憲であると判示された後のことである²⁵。そしてそれらはいまだに厳しく制限されている。第三者による請求権の買取り（third party financing）もまた、まだ始まったばかりである²⁶。

e) 心理的な障害

上述したような合理的な消費者が、個別訴訟の潜在的な利益と、コスト及びリスクとを比較検討した結果、訴訟の提起を選ばない場面以外にも、個別訴訟に対する心理的な障害が存在する。一つはだまされたことに対する恥、例えばバスツアーでウールの毛布を購入するほど愚かであったという恥である。このことは、消費者と商人との間の関係がいずれにしろいかかわしいような場合、例えば消費者がボルノ・コンテンツに関する契約において裏切られたような場合にさらに悪化する²⁷。

しかしこのような「恥ずかしい」経験がなかったとしても、消費者は単に裁判所に行くことをためらったりする。このような観点からみた消費者

の態度は、加盟国の間で大きく異なる。いくつかの加盟国では、裁判手続の独特で異常な長さが、個々の訴訟への抑止となる²⁸。しかしドイツは、EUのなかでは、より頻繁に訴訟が行われる社会として位置づけられる。

f) ADRメカニズムの利用可能性

ADRは少額請求をすることへの障害や、心理的な障害までも減ずることができる。ADRの成功例は例えば、スカンディナヴィア諸国に見られる。

しかしながら、全てのADRが無料で利用できるわけではないし、全ての加盟国、全てのビジネスの分野において利用できるわけでもないことが、留意されるべきである。また、ADRメカニズムにはビジネスによって支配されているものもあり、それゆえに消費者の信頼を得ることができていない。いくつかのADRメカニズムは、一定の最低額または最高額の範囲においてのみ利用することができる²⁹。さらに、ADRは通常、法や事実に関して複雑な問題のある事案、例えば製造物責任の事案や資本市場法の事案には適さない。そして最後に、ADRは悪徳商人には機能しない。彼らは、ADRに服さないだろうからである。よって、ADRメカニズムの利用可能性の促進は、個別訴訟の欠落を緩和するものではあるが、問題を完全に解決するものではない。

ドイツには約200のADR機関が存在する。そのいくつかは事業者と消費者との争いのために特にデザインされたもので、いくつかはより一般的な性質を有しているが、法廷での訴訟と比べると、それらは実務的には限定的な意味しかない。電子商取引に関するADRや銀行業のオンブズマンに関するADRなど、ADRを利用しようとする消費者は増えてはいるものの、まだ少ない。

²⁴ 新しい連邦弁護士法（*Bundesrechtsanwaltsordnung*, BRAO）49b条2項、及び、弁護士報酬法（*Rechtsanwaltsvergütungsgesetz*, RVG）4a条。

²⁵ Constitutional Court, 12/12/2006, NJW 2007, 979.

²⁶ 特に、114,000,000ユーロに値するセメントのカルテルに関する請求権を買い集め、Düsseldorf 地方裁判所に事案を持ち込んだ会社である、カルテル損害請求社（CDC）の活動を参照。この訴訟の許容性を検討したものとして、参照、LG Düsseldorf, 21/2/2007, *Betriebs-Berater* (BB) 2007, 847; LG Düsseldorf, 14/5/2008, *Wirtschaft und Wettbewerb* (WuW) 2008, 847; Bundesgerichtshof (BGH), WRP 2009, 745. 資本市場法事件における第三者による請求権の買取り（third party financing）について、参照、A. Halfmeier, P. Rott and E. Feess, *Kollektiver Rechtsschutz im Kapitalmarktrecht* (2010), at 41.

²⁷ しかし、例えばテレフォンセックスに関する訴訟がドイツで提起され、民事の最高裁判所において争われた例はある。参照、BGH, 9/6/1998, NJW 1998, 2895; BGH, 22/11/2001, NJW 2002, 361.

²⁸ イタリアは欧州人権裁判所において、その過剰な長さの裁判手続につき何度も非難されている。例えば、参照、ECtHR, 28/7/1999, *Bottazzi v. Italy, Reports of Judgments and Decisions* 1999-V. この問題はポルトガルにおいても顕著である。

²⁹ 優れた概観として、参照、Centre for Consumer Law of the Katholieke Universiteit Leuven 2007, *An analysis and evaluation of alternative means of consumer redress other than redress through ordinary judicial proceedings* (2007). http://ec.europa.eu/consumers/redress_cons/adr_en.htm.

2. 集団訴訟の限界

集団訴訟は、上述した個人訴訟の限界のいくつかを軽減しうる。集団での賠償訴訟のメカニズムは、多くの加盟国によって導入されてきたが、国によって成功の度合いは異なった³⁰。それらはまた、欧州委員会の関心を引いた。委員会は、構成国の集団賠償メカニズムの実効性や効率性の調査を委任しただけでなく³¹、後に集団賠償メカニズムに関するグリーンペーパー³²や、鑑定意見2件³³を刊行した。

特に、集団のメカニズムは訴訟費用を低下させるものであり、それゆえに高額訴訟における訴訟リスクを、少額訴訟が大量に行われる場合のリスクと同程度にしうるし、心理的障害さえも乗り越えられるかもしれない。それらはまた、商人の行為に対する調査を容易にする。しかしながら、それでも集団訴訟が不可能あるいは利用されそうもない場合が残っている。一つ目の場面は、財産的な損害はないものの、その他の、特に消費者に対する嫌がらせなどが問題となっている場面である。これには売り込み電話の事案があてはまる。ここで関連する唯一の集団訴訟の類型は、消費者の集団的な利益に関するものである。ここでは消費者団体が、将来の事業に

³⁰ 国別のレポートとして、参照、M. Casper, A. Janssen, P. Pohlmann and R. Schulze (eds), *Auf dem Weg zu einer europäischen Sammelklage?* (Sellier European Publishers 2009). また、参照、P. Rott, 'Collective redress mechanisms in European consumer law', in: K. Vidyullatha Reddy, V. Kumar, and V. Balakista Reddy (eds), *Global Perspectives in Consumer Law* (Gogia & Co. 2011).

³¹ 参照、Civic Consulting, Evaluation of the effectiveness and efficiency of collective redress mechanisms in the European Union, http://ec.europa.eu/consumers/redress_cons/collective_redress_en.htm

³² COM(2008) 794 final. これと並行して、欧州委員会は競争法の分野において集団のメカニズムを見出した。参照、Commission's White Paper on Damages actions for breach of the EC antitrust rules, COM(2008) 165 final.

³³ 議論に対する鑑定意見として、参照、Consultation paper for discussion on the follow-up to the Green Paper on consumer collective redress (2009). http://ec.europa.eu/consumers/redress_cons/docs/consultation_paper2009.pdf; Commission staff working document Towards a Coherent European Approach to Collective Redress, SEC(2011) 173 final. http://ec.europa.eu/dgs/health_consumer/dgs_consultations/ca/docs/cr_consultation_paper_en.pdf.

利用するために（自らの財布に対して支払われるべき）賠償を求める。例えば、フランス消費法典L. 421-1条³⁴に基づくフランスでの集団訴訟がそれである。

二つ目の場面は、消費者が脅かされ、そのために個別的なものか集団的なものかに関わらず訴訟を提起しようと全くしないような、詐欺的な取引実務の場面である³⁵。

その他の全ての事案においては、集団のメカニズムが個人の訴訟に対する制限を十分に和らげることのできる程度は、それぞれの仕組みや関係当事者に与える魅力によって異なる。

3. ドイツにおける集団的な救済のメカニズム

ドイツは長い間、不正競争法（1965年に制定）及びかつての約款規制法（1976年に制定）のもとで、集団的な差止請求を経験してきた³⁶。しかしながら差止の価値は、抑止の観点からすると限定されている。というのも、これらが過去のふるまいに制裁を与えるのではなく、未来に向かってのみ効力を有するためである。結果として、ブラックリストに載っている約款さえもが、濫用的約款標準条項に対する立法の後35年が経った今なお商人によって使用されている。そしてこの分野における法実現は、市場からこれらの約款を一掃するのに実効性があるとはいえない³⁷。

ドイツは集団的な救済メカニズムの必要性を認識し、2001年から三つの異なった類型のメカニズムを導入してきた。新たなメカニズムは鋭い刃そ

³⁴ 例として、参照、H. Beuchler, 'Frankreich', in: H.-W. Micklitz and A. Stadler (eds), *Das Verbandsklagerecht in der Informations- und Dienstleistungsgesellschaft* (Landwirtschaftsverlag 2005), 57 ff.

³⁵ 参照、S. Ernst, 'Schärfere Verbrauchergesetze als Schutz vor "Online-Abzocke"?' , VuR 2009, 321.

³⁶ Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen; AGBG. この法律は2001年の債務法の現代化に伴って廃止された。その手続法の部分は新しい差止訴訟法 (*Unterlassungsklagengesetz*, UKlaG) に移行した。

³⁷ より詳細な研究として、参照、P. Rott, *Effektivität des Verbraucherrechtsschutzes: Rahmenfestlegungen des Gemeinschaftsrechts* (2006). <http://download.ble.de/04HS033.pdf>, at 119 ff.

のものにはならなかったが、その全てが、産業側だけでなく伝統的な研究者からも抵抗を受けたということに、まず触れておく必要がある。特に、実効的あるいは抑止力すらある手段を、消費者団体を含む私人に与えることに対する不信が、そこにはあるように思われた。産業側は、アメリカ的なクラス・アクションに近づきうるあらゆるものに対して、激しいロビイングを行った。現存するメカニズムは、消費者団体や弁護士事務所にとってとりたてて魅力的にならないよう設計されてきた。さらに裁判所実務は、これらのメカニズムの寛大な使用に対し、司法の抵抗を明らかにした。

a) 集合訴訟 (Sammelklage)

2001年、集合訴訟が導入された³⁸。これは消費者団体に、個々に判決を下されていた消費者にかわって訴えを提起することを認めるものである。消費者団体が原告となり、そして勝ち取ったものは消費者の間に分配される。この代表訴訟の目的は、個々の消費者が合理的には訴えを提起できないような状況を補うことにある。そこで、当初、集合訴訟は「消費者保護という利益に必要であること」を要した³⁹。

この必要性の要件は、請求が低額すぎるわけではないが、それでも訴訟リスクのために消費者が訴えを提起しないだろう場合に、事実審裁判所が要件充足を否定した場合に問題を引き起こした⁴⁰。連邦最高裁判所 (*Bundesgerichtshof*, BGH) がようやく、消費者は訴訟リスクを考えると、消費者の合理的な行動に関するより現実的な立場をとることで状況を改善した。BGHは、訴訟リスクが高かったり法律が不明確であったりすれば、消費者は500から1,000ユーロの訴えを提起することすら差し控えるだろうと論じた⁴¹。ついに2008年、必要性の要件は廃止された。

³⁸ 詳しくは、参照、P. Rott, 'Kollektive Klagen von Verbraucherverbänden in Deutschland', in: M. Casper et al. (eds) (n. 20 above), 259, at 264 ff.

³⁹ 政府の案における説明について、参照、BT-Drs. 14/6040, at 277.

⁴⁰ 唯一の事案として、参照、OLG Düsseldorf, 17/10/2003, NJW 22004, 1532; OLG Düsseldorf, 28/10/2005, NJW-RR 2006, 127; LG Frankfurt a. M., 26/9/2005, ZIP 2006, 463.

⁴¹ BGH, 14/11/2006, NJW 2007, 593.

その間、集合訴訟はいくらか現実的になってきていた。しかし、訴訟リスクや消費者団体の運用上の負担のため⁴²、実際にはそれは、1人の消費者あたり1,000ユーロという中間的な規模の価格の訴訟や、20人から100人の消費者の集団の訴訟に限られていた。訴訟は、その他の消費者の類似した訴訟に、何の影響も及ぼさない。特に、それらの時効による消滅を妨げることはない。適用される主たる分野は、エネルギーの価格や、遅延したりキャンセルされたりした飛行機、銀行のカードの乱用である⁴³。

b) 利益剥奪制度

不正競争法の分野では、ドイツの立法者は利益剥奪制度を導入してきた⁴⁴。その下では消費者団体は、商人から不法な利益をすくい取ることができる。立法の明白な目的は、不正な取引 (*Streuschäden*) による大量の低額損害の問題に取り組むことにあった。しかし訴訟の目的は消費者の損害の賠償ではない⁴⁵。実際、剥奪された利益は国庫に支払われねばならなかった。したがって利益剥奪制度は、抑止力かつ市場の矯正となるように意図されたものである⁴⁶。

この制度は初め、あまり実効的ではなかった。まず、訴えを提起する消費者団体は、商人の故意による不正競争法の違反を証明しなければならない。この要件は当初から批判されてきたものである⁴⁷。出だしは立ち遅れ

⁴² H. Heidemann-Peuser, 'Neues Klagerecht der Verbraucherverbände nach dem Rechtsberatungsgesetz', VuR 2002, 455, at 458; E. Müller, 'Verbraucherschutz und Deregulierung', WiVerw 2004, 65, at 71.

⁴³ 判例法に関する詳細な研究として、参照、P. Rott (n. 38 above).

⁴⁴ 法の基礎となったものは、改正不正競争法 (*Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*, UWG) 10条。より詳しい研究として、H.-W. Micklitz and A. Stadler, *Unrechtsgewinnabschöpfung* (Nomos 2003).

⁴⁵ よってその制度は学術書によって激しく批判された。R. Sack, 'Der Gewinnabschöpfungsanspruch von Verbänden in der geplanten UWG-Novelle', WRP 2003, 549, at 552.

⁴⁶ 政府の案における説明として、BT-Drs. 15/1487, at 24.

⁴⁷ 例として、A. Stadler and H.-W. Micklitz, 'Der Reformvorschlag der UWG-Novelle für eine Verbandsklage auf Gewinnabschöpfung', WRP 2003, 559 ff.

たが⁴⁸、裁判所はこの要件を寛大に解釈してきた⁴⁹。そして利益剥奪制度は、サブスクリプション・トラップを行った企業に対する訴訟において成功のうちに用いられてきた⁵⁰。

実務的な問題は、不法な利益の額を証明する消費者団体の負担である。ここでは裁判所が、利益に関する情報、ついには帳簿の開示を目的とする訴訟を認めることで、支援してきた⁵¹。それでも消費者団体は、仮に高額すぎる請求をした場合にその訴訟費用を一部負担することになりうることを考慮し、慎重に行動している⁵²。

c) 投資者モデル手続法

投資者モデル手続法 (*Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz*, KapMuG) は、証券法の下で投資家の地位を強化するために作られた⁵³。その導入は、投資家たちが Deutsche Telekom 株式会社に対して Frankfurt 地方裁判所に提起してきた、資本市場法に基づく 17,000 件の訴訟から非常に強い影響を受けたものである。

KapMuG は、ドイツ民事手続法に初めてモデルケースの手続を導入する「実験的な法」であるはずだった。5 年の試用期間の後、2010 年 11 月 1 日に、法は自動的に失効するはずだった。しかし、その運命を判断する時間を確保するため、法は 2 年延長された。

⁴⁸ 非常に制限的な解釈について、LG Heilbronn, 23/2/2006, VuR 2007, 73. その批判的なコメントとして、H. Beuchler, ‘Das “Schreckgespenst” § 10 UWG: mehr Gespenst als Schrecken’, WRP 2006, 1288 ff.

⁴⁹ 特に、OLG Stuttgart, 2/11/2006, WRP 2007, 350, at 353.

⁵⁰ OLG Frankfurt, 4/12/2008, *Verbraucher und Recht* (VuR) 2009, 151. 及び、O. Meyer-van Raay and J. Deitermann, ‘Gefangen in der (Internet-)Kostenfalle?’, VuR 2009, 335, at 339 f.

⁵¹ OLG Stuttgart (n. 49 above), at 352.

⁵² 現在までに提起された数少ない事案の詳細な研究として、参照、P. Rott (n. 38 above), 259, at 269.

⁵³ KapMuG に対する政府の説明として、BT-Drs. 15/5091, at p. 1. また、参照、F. Reuschle, ‘Das Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz – Eine erste Bestandsaufnahme aus Sicht der Praxis’, in: M. Casper et al. (n. 20 above), 277 ff.

モデルケースの手続の主要なアイディアは、関連する原告全員を拘束する効果を伴って、同様の訴訟を提起している集団において共通する事実上および法律上の問題を一度だけで判断することにある。それは二段階の手続である。共通する事実問題および法律問題は集合的な手続で判断される。これらはその後、個々の事案に適用されねばならない。KapMuG は、損害の額からは独立して、大勢の資本投資家が連続して被った損害に適用される。仮に何人かの関連する個人が、資本市場での誤った情報、ミスリーディングな情報、告知されなかった情報によって被った損害の賠償を請求した場合、あるいは、株式の購入および取得に関する法律に基づいて契約の履行を求めている場合、各個別訴訟における原告と被告は、共通の手続を求める権利を与えられる。そのような申立てが 10 件あれば、共通の手続が開始される。この場合、共通の手続の結果が関わり合う全ての個別訴訟は一時中断され、個々の原告は自らの請求を撤回しない限り、共通の手続に組み込まれる。共通の手続のもとでの判決は、共通の手続が行われている時に係属していた全ての個々の事案に対して、拘束力がある。共通の手続が開始された後に提起された事件も、これに含まれる。

モデルケースの手続の一つの利点は専門家証人である。専門家証人の費用は資本市場の事案では周知のように非常に高額であるが、ここでは一度の支払いで済む。しかしながら一つの問題は、モデルケースの手続が実現するかどうかを知る前に、原告が個々の訴訟を提起しなくてはならないことにある。また請求自体は個々の請求のままであり、訴訟手数料が個々にかかる。よってその点においては、彼らは集団となることから利益を得ない。

さらに法は、適用の範囲や共通の手続の要件、その他の様々な手続上の問題に関連する多くの訴訟をもたらしてきた⁵⁴。一つの手続も、5 年間の試行で終結しなかった。それにも関わらず司法省は、一定の明確化と改善を行って、しかしそれでも資本市場の訴訟に範囲を制限したまま、手続を維持するつもりである。もっとも、公平を期すために言えば、資本市場の訴訟はしばしば複雑であること、そして個々の訴訟も同様に長期間にわたりう

⁵⁴ 判例法の研究として、参照、A. Halfmeier, P. Rott and E. Feess (n. 26 above), at 12 ff. See also F. Reuschle (n. 53 above).

ることを認めるべきである。

d) 政府の現在の立場

上述したように政府は、適切な集団訴訟のドイツ法への導入に乗り気ではなく、欧州委員会のそのような提案に対抗もしている。そのかわり政府は現在のメカニズムを、非常に慎重に、さらに発展させるつもりである。

近年、経済省は、カルテル法の事案における利益剥奪制度の導入を目的とした立法草案を公にすることを発表すると同時に、その分野における集団訴訟の考えを否定した⁵⁵。さらに上述したように、投資者手続法は改正され、有害な投資のアドバイスの事案にまで拡張されることとなろう⁵⁶。

V. 公法及び刑事法による消費者法の実現におけるドイツの最近の展開

ドイツの経験は曖昧な状況を示す。一方では、訴訟となった民事事件の数は、ヨーロッパの中でも最も多数の部類に属する。その主な理由は裁判所へのアクセスの容易さである。ドイツの裁判手続はどちらかといえば安く、比較的早い。多くの消費者が訴訟保険を有していて、これは彼らの訴訟リスクを取り去り、保険の元をとるためにむしろ訴訟への誘因として作用する。

他方では、消費者立法違反のある種の行為は、消費者立法がなされて30年以上が経った後も、なくならないばかりか、減少してもいない。例として、不公正な契約条項⁵⁷（集団の権利実現のための現在の制度は、不公正

⁵⁵ 経済技術省について、参照、*Eckpunkte einer 8. GWB-Novelle*, August 2011, <http://www.bmwi.de/BMWi/Redaktion/PDF/E/eckpunkte-8-gwb-novelle,property=pdf,bereich=bmwi,sprache=de,rwb=true.pdf>, at 9.

⁵⁶ 司法省について、参照、*Referentenentwurf Gesetz zur Reform des Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetzes*, July 2011, http://krefeld.ihk.de/media/upload/ihk/imap/20110808/BMJ_Referentenentwurf_KapMuG_endg.pdf.pdf.

⁵⁷ ドイツ消費者センター総連盟（vzbv）は1977年から2008年の間に、業者に対する1,500件の差止命令を達成した。

な契約条項を十分に抑止するものではない⁵⁸）、電話勧誘⁵⁹やスパム行為、そしてあらゆる種類のインターネット上の詐欺が含まれる。不公正な契約条項の分野では、より有効な集団のメカニズムが可能であろうが、電話勧誘やスパム行為やインターネット上の詐欺といった分野では、訴訟が提起されそうにない。我々が公法及び刑事法による権利の実現への動きを見て取ることができるのは、これらの分野についてである。

1. 公法上の制裁

公法上の制裁は、健康にかかわる法分野でももちろん常に利用されてきた。すなわち、食品法や医薬品法などである。しかしそれらは今や、健康と関係のない消費者法にも導入されている。一つの例は、割増し料金での通信サービスである。ここでは立法者は、価格の上限や60分の時間制限といった、いくつかの保護的なメカニズムを導入しており⁶⁰、違反すれば公法上の過料により制裁を受けることになる⁶¹。

消費者団体の継続的な要求に従って公法上の制裁が導入されたもっとも最近の分野は、電話勧誘の分野である。立法者は、不正競争法において既存の禁止事項を実現するのは困難であると、明確に認めた⁶²。2009年8月、不正な電話勧誘に対する法案 (*Gesetz zur Bekämpfung unlauterer Telefonwerbung und zur Verbesserung des Verbraucherschutzes bei besonderen Ver-*

⁵⁸ 詳しくは、参照、P. Rott, *Effektivität des Verbraucherrechtsschutzes: Rahmenfestlegungen des Gemeinschaftsrechts* (2006). <http://download.ble.de/04HS033.pdf>, at 119 ff.

⁵⁹ 消費者団体への消費者の訴えは年に約60,000件に達しており、これは実際の電話勧誘のうちほんの少しの割合であると推定されている。2000年から2009年3月までの間に the vzbv が業者に対して行った訴訟のうち、84件が成功に終わった。ドイツ司法省によるレポートも参照のこと。 <http://www.bmj.de/files/2306/Bericht%20des%20BMJ%20zum%20Thema%20unerw%C3%BCnschte%20Werbeanrufe.pdf>.

⁶⁰ テレコミュニケーション法 (*Telekommunikationsgesetz*, TKG) 66d条及び66e条について、参照、A. Ditscheid, 'Der neue Telekommunikationskundenschutz', *MultiMedia und Recht* (MMR) 2007, 210 ff.

⁶¹ TKG 149条13a号から13j号。

⁶² ドイツ政府の説明については、参照、*Bundestagsdrucksache* 16/10734, at 1.

triebsformen) が可決された。これは契約法に変化をもたらしたが⁶³、これはまた、電話勧誘の禁止の故意あるいは過失による違反に対して50,000ユーロ以下の過料を導入した⁶⁴。責任があるとされた機関は、電気通信、郵便事業、エネルギー供給、鉄道事業の規制者である連邦ネットワーク庁(*the Bundesnetzagentur*)である。第一段階としては連邦ネットワーク庁は電話勧誘やスパム・ファックスに利用された電話番号を消しただけだった⁶⁵。しかしながら、2009年の12月と2010年の1月に、電話勧誘に加担したコールセンターとその利用者に対し、合計500,000ユーロの過料を課し始めた⁶⁶。

2. 刑事法上の制裁

かつて、ドイツの刑事裁判所が詐欺に当たるような消費者事案に関わることはほとんどなかった。消費者法に特化した刑事法の規定は、唯一、不正競争法の中に見出すことができる。不正競争法16条によれば、一定の価格に値する申し出だという印象を抱かせる意図で、公共に対する広告において不実表示をすることは、刑事法上の犯罪である。この規定が実際に適用された希少な例は、BGHに最終的に係属することとなったパスツアーの事案であった。業者が相手方に対して、参加者に美味しい昼食を約束したのに、彼らは豆やスープの缶詰を手渡されただけだった。業者はまた、相手方が約500ドイツマルク(約250ユーロ)の懸賞を勝ち取り、それを今回収せねばならないと述べた。実際には参加者は、3から10ドイツマルクの現金を受け取ったのみで、ある事例では2.80ドイツマルクに相当するシャンブーを受け取っただけだった。BGHは、業者の述べたことは刑事法上の犯罪に当たると判示した⁶⁷。

⁶³ 特に、新聞、定期刊行物、雑誌の販売や、賭けや宝くじサービスに関する契約についての、隔地売買法における撤回の権利からの適用除外については、契約が電話で締結されればもはや適用されない。改正 BGB 312d条4項。

⁶⁴ UWG 20条。

⁶⁵ <http://www.bundesnetzagentur.de/media/archive/17034.pdf>。法的根拠は TKG 67条。

⁶⁶ プレス・リリースとして、参照、<http://www.bundesnetzagentur.de/media/archive/18111.pdf>。

⁶⁷ BGH, NJW 2002, 3415; on which see S. Pluskat, 'Die Tücken von "Kaffeefahrten"',

明らかに、一定の商事取引は不公正だけでなく詐欺的である。このことは、ドイツ刑法典(*Strafgesetzbuch*, StGB) 263条に基づいて業者が詐欺の判決を受けるかどうかという問いを引き起こす。詐欺は以下のように定義されている。

「自分自身あるいは第三者のために不法な財産的利益を得る意図で、虚偽の事実が存在するふりをしたり、真実をゆがめたり隠したりして錯誤を誘発することで他人の財産に損害を与えた者はすべて、5年以下の懲役あるいは罰金によって罰されねばならない。」

詐欺を犯した者がギャングの一員として行動していた場合、あるいは詐欺を専門的に行っていた場合には、量刑はより重くなる。StGB 263条2項によれば、詐欺未遂もまた刑法違反となる。

刑事法それ自体が、消費者保護のいかなる観点からも改正されてこなかったとはいえ、一定の不正な経済活動は今、少なくとも検察によって処理され、常にではないが訴訟になることもある。典型的な例は以降で概観される。

a) 請求書として偽装された申込み

特に業者によってなされる広告としてよく見られる行為は、請求書に偽装された申込みである。かつての判例法では、これが刑事法上の犯罪になりうるという考えを裁判所は排除した。なぜなら申込みとしての性質が、文書の一番下か裏面に小さな文字で印字されており、認識されうるものであったためである⁶⁸。2001年、BGHは再び、まさに請求書として偽装された「申込み」を業者が被害者に送った事案を扱う機会を得た。この事件では特に、業者は目につきやすいように支払日を記載していた。今回BGHは、

WRP 2003, 18 ff. Oldenburg 上級地方裁判所は上訴裁判所として、美味しい昼食の約束の事案を刑事法違反であるとしたが、賞金の事案ではそれを否定した。

⁶⁸ BGH, 27/2/1979, *Neue Zeitschrift für Strafrecht* (NStZ) 1979, 186. さらに、参照、OLG Frankfurt, 17/8/1994, NStZ 1997, 187. 批判的なコメントについては、参照、H.-J. Mahnkopf and A. Sonnberg, 'Anmerkung', NStZ 1997, 187 ff.

申込みの性質が文書の一番下の小さな文字によってしか認識できないことから、これがStGB 263条に基づく詐欺にあたると判示した。表示が客観的に真実であっても、BGHは、相手方に誤解を引き起こし、実在しない請求書に基づいて支払いをさせようという業者の意図を認めた⁶⁹。これは、消費者法の分野における他の詐欺に対して重要な影響を与える、大きな進展である。

b) 誘因となる懸賞に関する電話

2009年2月、Offenburg 地方裁判所⁷⁰は懸賞を勝ち取ったと期待して高額な手数料のかかる番号に電話をかけるよう消費者をそそのかしたとして、2人の男に有罪判決を下した。彼らは詐欺で有罪とされ、執行猶予つきで1年と6カ月の懲役を言い渡された。不幸なことに、当時詐欺的行為に適用された法律のもとでは、裁判所は、損害を被った個人が損害賠償請求を有しない場合にのみ差し押さえを認められていたので、彼らの不法な利益を差し押さえる立場になかった——この事案のように、（損害を被った）個人のうち誰も賠償を請求したことがない場合でさえも、差し押さえは認められなかったのである。この法令は、消費者の行動についての非常に現実的な見方に基づいて、2007年の1月付で改正された。現在、裁判所は不正な利益を決定し、3年間それを差し押さえることができる。この期間中、個々の請求は差し押さえられた財産の中から支払われる。3年の後には、残った不正な利益は国庫に支払われる⁷¹。

その他の頻繁になされるようになった詐欺的な行為に、携帯電話の利用者にランダムに電話をかけ、一度だけ鳴らして切るものがある。利用者が電話をとりそこねたと考えれば、彼らはそれぞれの番号にかけ直すが、それはもちろん高額な料金のかかる番号である。Hildesheim 地方裁判所は、

⁶⁹ BGH, 26/4/2001, NJW 2001, 2187. BGH, 4/12/2003, *Neue Zeitschrift für Strafrecht – Rechtsprechungs-Report* (NStZ-RR) 2004, 110. 批判については S. Ernst, ‘Scheinrechnungen und Betrug – Keine Schutzbedürftigkeit der Nachlässigkeit und Gutgläubigkeit bei Unternehmen’, *MultiMedia und Recht* (MMR) 2004, 243.

⁷⁰ LG Offenburg, 9/2/2009 – 2 KLS 16 Js 674/03 2 AK. 公刊されていない。

⁷¹ 刑事訴訟法 (*Strafprozessordnung*, StPO) 111 i 条 2 項、3 項、及び 5 項。

この方法は刑事裁判所の観点から詐欺であると判示したが⁷²、Hannover 地方裁判所の検察は、単なる電話が、かけ直すようにという要求を含むことはないとして、このような行為についてのいかなる刑法の関連性も否定した。

c) サブスクリプション・トラップ

消費者が無自覚なまま長期にわたる契約を締結したとして請求を受ける、詐欺的なホームページによって生じた損害は、消費者団体によれば、年に数百万ユーロにのぼると見積もられる⁷³。

ある事例では、3人の学生が約1,000人の顧客から約130,000ユーロをだましとった。彼らはデータベースから被害者のインターネットのアドレスを集め、被害者に特定のウェブページを開くよう求めるメールを送信した。そして彼らは86ユーロ以上の請求書を被害者に送り、それは実際に支払われた。学生たちはGöttingen 地方裁判所において執行猶予付きで15から18カ月の懲役を言い渡された⁷⁴。

詐欺はまた、ドイツ民法典 (*Bürgerliches Gesetzbuch*, BGB) 823条2項の不法行為にあたるという点で、民法の側面も有している。2009年8月の重要な判決において、Karlsruhe 地方裁判所はKatja Günther という名の悪名高い弁護士に対し、サブスクリプション・トラップの被害者に負債回収の手紙を送ることで、詐欺未遂を幫助する不法行為を犯したと判示した。彼女はそれによって、標的にされた被害者が彼女を訴えるにあたっての訴訟費用を支払う責任があるとされた⁷⁵。

⁷² LG Hildesheim, 10/2/2004, 26 KLS 16 Js 26785/02. http://www.kanzlei-richter.com/images/stories/entscheidungen/zivilrecht/bezirk_olg_celle/bezirk_lg_hildesheim/lg_hildesheim/2004-02-10_lg_hildesheim_-_26_kls_16_js_26785-02.pdf.

Augsburg 地方裁判所の当局も同様に主張している。

⁷³ このような「ビジネスモデル」とその経済的成功について、参照、B. Klas and P. Schwarz, ‘Kostenfallen im Internet’, *VuR* 2009, 341 ff.

⁷⁴ <http://www.heise.de/newsticker/meldung/Abofallen-Betreiber-zu-Haftstrafen-verurteilt-751729.html>.

⁷⁵ AG Karlsruhe, 12/8/2009, 9 C 93/09, <http://www.telemedicus.info/urteile/Wettbewerbsrecht/Abmahnungen/869-AG-Karlsruhe-Az-9-C-9309-Abofallen-Inkasso-als-Beihilfe-zum-vers>

裁判所はしかしながら、その対応を決して統一していない。**Düsseldorf**地方裁判所は同様の事案で、不正競争法に基づいて差止を求める消費者団体の請求を排除した⁷⁶。消費者団体は、自らが契約を締結しているのだと自覚していない状況で消費者に負債を負わせるのは、それがウェブページの一番下に小さな字で書かれているのみだったのであるから、不公正取引だと主張していた。

d) プライズ・ゲーム

虚偽のプライズ・ゲームもまた、民事裁判所をわずらわしている不公正な経済活動の一つである。特に騙されやすい人々が、手数料を支払ってこのようなゲームに参加するように誘い込まれる。最近の事案では、高齢の人々が、家や車や休暇などの賞品に対する決して果たされることのない約束の標的とされた。彼らの口座からは39から59ユーロの手数料が引き落とされていた。**Berlin**地方裁判所は294,700件の事案を扱い、虚偽の賞品は（少なくとも）詐欺未遂にあたり、高齢の人々が引き落としをキャンセルしなかった場合、それはドイツ刑法典263条に基づいて詐欺にさえあたると判示した⁷⁷。ギャングの指導者は3年5カ月の懲役刑を言い渡された。

e) 詐欺に関する限界

ドイツ刑法典263条に基づく詐欺に関する限界の一つは、被害者が損害を被ったことが必要とされる点である。上述したバスツアーの事案において、例えば、被害者は金銭を支払って何も得なかったわけではなかった。実際に支払った金銭で彼らはバスでの運送を享受したのであり、仮に彼らがツアーの中で何かを購入すれば、（あまりに高額であるとはいえ）彼ら

は商品を手に入れたのであった⁷⁸。

中古車の販売業者が自らを消費者であると主張し、それによって消費者売買に関する強行規定の適用の義務を避けようとし、欠陥についての自己の責任を排除しようとした最近の事例では、**Cologne**上級地方裁判所は、実際に車に販売価格の価値がなければ詐欺には当たらないと判示した⁷⁹。しかしそれでも、業者の意図は刑事法上の犯罪でもある詐欺未遂に等しいというべきである。なぜならその業者は、本来適用される時効期間内に欠陥が明らかになっても、訴えの提起を妨げることを意図していたからであるが、これを裁判所は考慮しなかった。

f) 刑事法と不正競争法との関係

BGHの判断は研究者の論文によって批判された。これは特に、BGHが、被害者の軽率さが詐欺に対する有罪判決を不可能にすることはないと、明らかに判示したためである⁸⁰。このアプローチは、特に消費者に対する不公正な取引方法に関する指令2005/29/EC 5条2項で正式に述べられた、EUの想定する平均的な消費者と矛盾すると、*Scheinfeld*は主張した。よって、この指令の下では、平均的な消費者が誤解させられないような経済活動は不公正でないとされるが、ドイツ刑事法によっては制裁を与えられうることとなり、整合性を欠くように思われる⁸¹。しかし、このような詐欺スキームは、いずれにせよまさしく過度にだまされやすい消費者を対象としたものであると主張しうるだろう。そしてこれこそが、指令2005/29/EC 5条2項において想定された、対象となるグループなのだ。

不公正取引法の下での態度がどのようなものであれ、（不公正取引法の違反に対する制裁として刑事法が用いられるのでない限りは）刑事法の下での態度からは明確に区別されるべきである。何よりもまず、形式的な主張として、詐欺の要件や詐欺に対する制裁といった刑事法を規制する権能

uchten-Betrug.html. Klas and Schwarz, VuR 2009, 341, at 343 ff.

⁷⁶ LG Düsseldorf, 28/8/2009, 38 O 24/09. 公刊されていない。反対に、同裁判所の検事は同じ行動を詐欺とみなし、すでに業者の670,000ユーロの銀行口座を凍結している。 <http://www.netzwelt.de/news/80663-abofallen-landgericht-entscheidet-gegen-verbraucherschuetzer.html>.

⁷⁷ 参照、5/8/2011 Spiegel online. <http://www.spiegel.de/wirtschaft/unternehmen/0,1518,778643,00.html>.

⁷⁸ S. Pluskat, WRP 2003, 18, at 22.

⁷⁹ OLG Cologne, 2/12/2008, NSiZ-RR 2009, 176.

⁸⁰ BGH, 4/12/2003, NSiZ-RR 2004, 110.

⁸¹ J. Scheinfeld, 'Betrug durch unternehmerisches Werben?', *Zeitschrift für Wirtschafts- und Steuerstrafrecht* (wistra) 2008, 167 ff.

が、EUには欠けている。次に、StGB 263条に定義された詐欺は、不正による利益を得るべく、被害者を錯誤に陥らせようという業者の故意を要求する。このことは、市場における業者の行為一般ではなく、業者と個々の被害者の間の関係へと視点を向けさせる。間違いなく、不正競争法を通して業者を保護することによって、このような活動を支えることは、ヨーロッパの立法者の意図したところではなかった。実際のところ、法の完全な調和を目指す指令2005/29/ECのアプローチは、誠実に行動する業者が、不正競争に関する構成国の法におけるそれぞれの基準によって、国境線を越えての活動を妨げられないよう保障すること、しかし詐欺が容認されるような基準の低下は避けることを意図したものであった。

VI. EU 消費者法の公法的な実現についての展望

EU法が、電話勧誘に対する公法上の過料を導入するよう求めているという考えを、ドイツの立法者が明確に否定したにも関わらず、消費者の団体に、例えば消費者の集団の利益への損害に対する、十分に抑止力のある賠償請求のような、鋭い剣を与えることを望まない限り公法上あるいは刑事法上の制裁さえもが⁸²消費者を保護する唯一の実効的な道である場合があるように思われる。この形式での私法上の権利の実現に対しては一般的な不信があり、そのようなことは起こりそうもない。そこで、すでに多くのEU加盟国でそれが通常に行われているように、実効性の原則は、実際に国家が行動を起こすことを求めるだろう。そこでは公法上の過料で通常は十分であろう。ドイツの検察や裁判所が刑事法に頼ってきた原因は、おそらく、ドイツ消費者法において公法上の制裁を利用することがほぼ不可能であった点にあった。しかしながら刑事法は消費者のために規定されたものではなく、それゆえにそれを消費者保護のために用いる可能性は不透明であった。そしてそれは、それぞれの検察、それぞれの裁判所が異なったアプローチをとっていることからうかがうことができる。

よって、以降とすべき方法は——それぞれの加盟国にとって、そして、それぞれの加盟国で私法のメカニズムによる個別のおよび集団的法実現

にあたっの特定の障害を考慮すると——法実現における残されたギャップを認識し、それを、公法ないし刑事法の制裁によって埋めることになる。現在の制度に対する評価はすでに、多くの加盟国やEUによって委任され、行われており、加盟国がデータの欠如を主張し、それを隠れ蓑にする余地はほとんどない。公法ないし刑事法の制裁の有用性については、それらを長年適用してきた国々の経験から、結論を導くことが可能なはずである。一定の注意に値する側面の一つは、制度的環境である。消費者法の実現について経験が全く、あるいはほとんどなく、そして消費者法は取り扱われる多くの分野のうちの一つにすぎないことから、競争（規制）当局あるいは検察のような機関は、この作業に多くを捧げすぎることはいらうと予測しうる。特別な消費者（問題担当）当局、規制庁ないしオンブズマンが確かに好ましい。

（訳者後記）

本翻訳のもとになったペーター・ロット准教授のテキストは、同准教授がEUの委任を受けてまとめられた研究、及び、御自身の論文を参考にされたものである。参照、Civic Consulting, Evaluation of the effectiveness and efficiency of collective redress mechanisms in the European Union, available at http://ec.europa.eu/consumers/redress_cons/collective_redress_en.htm 及び、Peter Rott, Effective Enforcement of Consumer Law: The Comeback of Public Law and Criminal Law, in James Devenney and Mel Kenny eds., European Consumer Protection: Theory and Practice (2012).

翻訳にあたって、終始適切な助言を賜り、また丁寧に御指導下さった曾野裕夫・北海道大学教授、及び、会沢恒・北海道大学教授に、心より感謝を申し上げます。

⁸² ドイツ司法省のレポートを参照、(n. 39 above), at 4.